

# LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO BRASILEÑO A PARTIR DEL DERECHO CIVIL- CONSTITUCIONAL\*

Luiz Edson Fachin\*\*

**Sumario:** 1. Introducción; 2. PRIMERA PARTE: De la codificación a la constitucionalización; A) Posibilidades y paradojas ante el nuevo Código Civil; B) Inventario mínimo para explicitar los caminos de la construcción del Derecho Privado contemporáneo brasileño; a) Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos; b) El trípode fundante del posible sentido de constitucionalización; C) Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario; 3. SEGUNDA PARTE: Internalidad y externalidad en el debate sobre Constitución y relaciones privadas: una mirada a partir de Locke revisitado; A) Derechos Fundamentales y relaciones interprivadas; B) Locke y la legitimación del patrimonialismo; C) Relación Jurídica, abstracción y “neutralidad” excluyente; D) La autorreproducción del sistema y la negación de los Derechos Fundamentales: “el hombre sistémico”; E) La Posibilidad de ruptura de la abstracción instituida por la codificación; F) La hermenéutica de los derechos fundamentales y la “negatividad de las víctimas”: el humano que emerge del “caos”; 4. Conclusión; Nota bibliográfica.

\* El presente ensayo intenta ofrecer una reflexión sobre la reciente experiencia de la doctrina del Derecho Civil brasileño y trata de los presupuestos epistemológicos para la comprensión de las premisas de la conformación normativa-principiológica de los derechos de la personalidad y de las relaciones existenciales en general.

\*\* Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal do Paraná* y de la *Pontificia Universidade Católica do Paraná*, Curitiba, Paraná, Brasil; Doctor en Derecho de las Relaciones Sociales por la PUC/SP (*Pontificia Universidade Católica de São Paulo*); miembro de la ISFL (*International Society of Family Law*), de la *Associação André Bello de Juristas*; del IAB (*Instituto dos Advogados Brasileiros*), de IAP (*Instituto dos Advogados do Paraná*) y de la APLJ (*Academia Paranaense de Letras Jurídicas*); autor de diversas obras y artículos.

## 1. INTRODUCCIÓN

El debate en el que se entrelazan los derechos fundamentales, los nuevos derechos y las relaciones existenciales (ahí se incluyen los derechos de la personalidad) ha suscitado la problematización de las premisas que han sido realzadas debido a la incidencia de esos derechos sobre las relaciones interprivadas. Dicha incidencia marca el rumbo de la construcción del Derecho Privado contemporáneo en Brasil y se ha instituido fundante de un catálogo mínimo del Derecho Civil-Constitucional brasileño.

Hay que, por consiguiente, examinar tales premisas y verificar, dentro de ese ámbito, cómo está el actual *estado del arte* en la doctrina brasileña reciente, de modo crítico y constructivo. Esta verificación se ajusta al arquetipo de un ensayo, y de esa junción entre fines y medios, ha resultado la presente reflexión.

Antes de nada, hay que subrayar que en el Derecho Civil-Constitucional se evidencian tres superaciones: la del monismo de las fuentes, la de la rigidez literal de la hermenéutica, y la de la significación monolítica de institutos y figuras jurídicas fundantes de la radiografía de las relaciones sociales, como el contrato, la familia y la propiedad. Se aprehende como método, un procedimiento dialéctico que problematiza y que se basa en la crítica y en la permanente reconstrucción de los sentidos que se le atribuyen al campo jurídico.

Tomamos como directriz la sensible y lúcida preocupación de Rosario Valpuesta, que apunta hacia la distinción entre la Constitución social y la efectividad, cuando dice: “*aquellos países que cuentan con una Constitución social, resultado que los derechos que la expresan carecen del mismo nivel de eficacia que las tradicionales derechos y libertades*”<sup>1</sup>.

Con esta baliza prosigue el presente análisis.

## 2. PRIMERA PARTE: DE LA CODIFICACIÓN A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN

Es imprescindible previamente establecer una precisión de la travesía espacio-temporal.

No se trata ya de sustentar la reconstrucción del Derecho Privado brasileño en torno a la idea de *codificación*, sino de la relevancia de los códigos como signos lingüísticos culturales y sociológicos. Por eso, se marcan nuevas fronteras: un ejemplo de ello es la interpenetración de los espacios públicos y privados reconocidos en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia.

Véase a modo de ejemplo, la regulación del bien de familia y de los derechos fundamentales. Si partimos de una premisa asumidamente controvertida, la de que el acceso a la vivienda es un derecho fundamental de naturaleza prestacional, una investigación de carácter Civil-Constitucional tratará de evidenciar que apenas una hermenéutica extensiva del bien de familia (sea legal o voluntario) contribuirá para la efectividad de ese derecho, sistematizando decisiones que problematicen dicho asunto.

Además, se someterá a debate, en el campo de la realización de los derechos fundamentales y en el de la incidencia del principio de la *reserva de lo posible*, así como trayéndose a colación, los principios de la ponderación y el de la prohibición de retroceso, que son los medios e instrumentos para el acceso al bien de familia y no tan sólo a la tutela del bien ya existente.

### A) POSIBILIDADES Y PARADOJAS ANTE EL NUEVO CÓDIGO CIVIL

Especialmente tras la vigencia del Código Civil brasileño en 2003, es legítimo que bajo el pensamiento crítico del Derecho Civil contemporáneo se traigan a colación desafíos y perspectivas, horizontes nuevos o renovados, ante ese evento, cuyo valimiento es patente.

La paradoja que hizo emerger el Código de 2003 ante la principiología axiológica de índole constitucional —como ya hemos tenido

la oportunidad de destacar— enriquece el debate, y destaca la índole no lineal de la cultura jurídica.

Ochenta y cinco años después del Código de 1916, la ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002, reedita, con actualizaciones y algunos cambios, el paradigma insular de la codificación privada. Se sirve, *à la carte*, en el embarque rumbo al siglo XXI una estada que abriga el porvenir en el pretérito. Se relanza el modelo de la unidad monológica sobre la estructura de 1916 y se compilan, bajo las vestiduras de un proyecto moderno, premisas que iluminan el modelo pasado. No se puede ignorar la relevancia de ese evento ni reducirlo a la expresión de adorno erudito.

No obstante, la base por la que discurre la reconstrucción del Derecho Privado es otra. La edificación de un tiempo que conjuga la vigencia de la Ley n. 10.406/02 con la pedagogía dialógica de la teoría y de la enseñanza jurídica crítica del Derecho Civil y que sugieren, de cara al evento del nuevo Código Civil, profundizar sobre cuestiones que aprehenden y sobrepasan la reforma codificadora y en ella no instalan sus límites.

Así, además de proseguir en la consolidación de los presupuestos de la crítica que, bajo el palio de aquella principiología axiológica de índole constitucional, reconstruye de manera permanente las premisas del Derecho Civil en movimiento, la expansión del campo que se dedica a lo contemporáneo le recomienda proyectos, líneas de investigación y labores docentes que son traductores de las posibilidades interinstitucionales y multidisciplinarias de la excavación intelectual, colectiva y singular.

## B) INVENTARIO MÍNIMO PARA EXPLICITAR LOS CAMINOS DE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO PRIVADO CONTEMPORÁNEO BRASILEÑO

En este sentido, en un sencillo texto-síntesis, se pretenden plantear aquí dos catálogos mínimos para designar los caminos de la cons-

trucción del Derecho Privado contemporáneo a la luz de los presupuestos y del hilo conductor del Derecho Civil-Constitucional de la experiencia brasileña: por un lado, la triple configuración espacio-temporal de la metódica del Derecho Civil-Constitucional en los planos de la existencia, de la validez y de la eficacia; por otro lado, las tres dimensiones de la *constitucionalización* del Derecho Civil para darle un sentido emancipador al Derecho contemporáneo brasileño.

### a) Existencia, validez y eficacia: a partir de la metáfora de los planos clásicos

En la construcción del Derecho Privado brasileño, el Derecho Civil-Constitucional, como método y significado, existe; es válido y eficaz en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia. Los planos de la *existencia, validez y eficacia* se toman mediante préstamo metafórico de la contribución indeleble de la doctrina brasileña.

Conviene empezar por el delineado de la existencia, lo cual, a su vez, se triparte también: primero, en la cognición objetiva del fenómeno; siendo así, la génesis del centro irradiador se ubica en el texto constitucional, pero sin reducirse apenas a él; segundo, la autoridad que la denominación le inculcó a la producción jurídica nacional; y en tercer lugar, aunque pueda parecer paradójico, la resistencia episódica que el contexto expía en los debates doctrinales es la demostración, *a contrario sensu*, de la propia substancia de lo que se refuta.

De la existencia, se migra, prontamente, para el *script* de la validez del Derecho Civil-Constitucional brasileño. El principio democrático y la dimensión material del texto constitucional es el certificado de que en la confrontación de la *validez* del Derecho Civil contemporáneo, desde el punto de vista de su legitimidad, se revela la coherencia de la construcción que recoge la fuerza creadora de los hechos a través de la porosidad constitucional.

Apremia examinar meticulosamente, en ese caminar, el plano de la eficacia. En lo concer-

niente a la eficacia, cabe esclarecer, desde ya, sin perjuicio de que la Constitución y los derechos fundamentales se aplican a las relaciones interpretadas con la mediación realizada por la actuación jurisdiccional en el ejercicio de los deberes de protección, que también un hecho innegable es la eficacia directa e inmediata de la norma constitucional en las relaciones pertinentes al Derecho Civil. Sustentar lo inverso es hacer de la Constitución algo parecido a una *letra muerta*.

La jurisprudencia viene paulatinamente aprehendiendo esa nueva racionalidad y engendrando su concretización bajo una perspectiva simultáneamente tópica y sistemática.

He aquí la primera exposición tricotómica de efecto puramente didáctico para poner fin a esta reflexión que está en marcha. Sin embargo, todavía hay más.

### b) El trípode fundante del posible sentido de constitucionalización

Cumple, pues, en el otro trípode, abalanzarse sobre los tres sentidos de la *constitucionalización* (formal, substancial y prospectiva).

Se puede empezar por la dimensión formal, como se explica a continuación. La Constitución Federal brasileña de 1988 al haber sido aprehendida apenas en dicho horizonte se ha reducido al texto positivado, a pesar del relieve, ciertamente, con el que se reviste el discurso jurídico normativo positivado. Es el primer peldaño, elemental reglamento prominente, necesario, pero insuficiente.

Sobrepasar, ponderar, así pues, la estatura substancial que se encuentra por encima de las normas positivadas, tanto como de los principios expresos que pueden, eventualmente, actuar como reglas además de ser *mandatos de optimización*. Complementa y suplementa el rumbo hacia el norte formal al que anteriormente nos hemos referido, caminando hacia adelante hasta tener la capacidad de insertar en el sentido de *constitucionalización* los principios implícitos y aquellos derivados de principios o reglas constitucionales expresas. Estos dos primeros niveles, conjugados entre sí, son

el ámbito comprensivo de la percepción intrasistemática del ordenamiento.

No obstante, el desafío es aprehender de manera extrasistemática el sentido de posibilidad de la *constitucionalización* como acción permanente, posibilitada por la fuerza creativa de los hechos sociales que se proyectan sobre el Derecho, en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia, a través de la cual los significados se construyen y se refundan de modo incesante, sin juicios apriorísticos de exclusión. En ese procedimiento, emerge el más relevante de esos horizontes que es la dimensión prospectiva de esta travesía. El compromiso se firma con esa constante travesía que capta los sentidos histórico-culturales de los códigos y reescribe, por intermedio de la *resignificación* de esas balizas lingüísticas, los límites y las posibilidades emancipadoras del propio Derecho.

### c) Derechos Civiles Constitucionales y pluralismo doctrinario

Parece legítimo, por consiguiente, reconocer la existencia de *Derechos Civiles* de índole constitucional, anclados en percepciones aproximadas al diseccionar crítico que es informado por el movimiento de la problematización en el trípode *de las titularidades, del tránsito jurídico y del proyecto parental*.

Es esa pluralidad la que puede albergar el *diálogo entre las fuentes*, tal y como lo han traducido con perceptibilidad impar los estudios que desafían los lindes del Derecho Civil contemporáneo y las conquistas expresivas del Derecho del Consumidor. Por igual, presentemente, *quien* contrata ya no contrata sólo con *quien contrata*, y el que contrata ya no contrata apenas *lo que contrata*, a través de una superación subjetiva y objetiva de los conceptos tradicionales de las partes y del objeto contractual, remodelado, incluso, por el sitio jurídico que lo puede ocupar la buena fe.

Esta porosidad hace que el Derecho permeable por la fuerza constructiva de los hechos se refugie de manera acentuada en el gobierno jurídico contemporáneo de las relaciones familiares, así como en la superación del dog-

matismo de los modelos que de antemano han sido instalados en arquetipos desfasados, en la valorización socio-afectiva parental, en la interdisciplinaridad entre saberes diversos (derecho, antropología, historia y psicoanálisis) y además, en los desafíos de secuelas jurídicas patrimoniales y personales que ante la finitud de la vida demandan interrogaciones sucesorias valoradas por el sentido de persona concreta y por los desafíos de la biotecnología.

Relevo paritario que tiene el debate acerca de la prestación de derechos fundamentales como la vivienda y el espacio urbano, así como respecto a los derechos de la personalidad de cara a los derechos humanos, del trasplante de órganos y del estatuto jurídico del cuerpo en el *cuerpo del derecho*.

Se reviste ese mirar de la construcción del Derecho Privado contemporáneo por el bias de la doctrina crítica del Derecho Civil, en este singular *locus* se presenta al debate la enseñanza jurídica y la metodología que suscitan los saberes coligados.

En este momento hay una *contabilidad* sin números en el balance transitorio que se presencia, mencionando a los caminantes aquí presentes y no podemos olvidar hacer referencia, aunque sin citar nombres, a muchos que, en sus estaciones y paradas, integran la misma jornada, por el camino trillado en Brasil.

### 3. SEGUNDA PARTE: INTERNALIDAD Y EXTERNALIDAD EN EL DEBATE SOBRE CONSTITUCIÓN Y RELACIONES PRIVADAS; UNA MIRADA A PARTIR DE LOCKE REVISITADO

#### A) DERECHOS FUNDAMENTALES Y RELACIONES INTERPRIVADAS

Después de recorrer el camino que se ha propuesto para la primera parte, cabe aducir

una profundización sobre la reflexión, tratando de verticalizar algunos puntos de los temas anteriormente indicados.

El aspecto fundamental en el que se centrará el análisis es la repercusión de la excesiva abstracción en la que se ha sumergido el Derecho tradicional, y de cómo esa abstracción puede llegar a constituirse en un impedimento para la concretización de los derechos fundamentales en la dimensión de las relaciones interprivadas.

Por ese derrotero y con apoyo de los límites resultado de la relación entre Derecho Privado y Derechos Fundamentales, emerge una perspectiva que toma en consideración los derechos constitucionalmente tutelados, así como la dimensión material que los antecede; lo que les proporciona el fundamento en el Estado Social de Derecho.

Para ello, se debe dar un enfoque especial al principio de la tutela de la dignidad de la persona humana y, a partir de ahí, realizarse una apertura interdisciplinar que nos permita recoger las aportaciones filosóficas que le sirvan de fundamento a esa tutela, reconociendo a la persona en su dimensión efectiva, como sujeto de necesidades.

Antes de destacar esa dimensión de lo jurídico que se abre para el mundo real, con el que se relaciona de forma dialéctica, es necesario llevar a efecto una crítica al conceptualismo que se le ha impuesto al Derecho por la estructura de la codificación, que reduce a la persona a mero elemento de la relación jurídica. Debe enfatizarse, por lo tanto, la necesidad de una interpretación tópico-sistemática, que debe ser aprehendida aquí en sentido propio, que permita una axiológica “corrección hermenéutica” del Derecho, adecuándolo a los preceptos constitucionales de tutela y promoción de los derechos fundamentales.

De este modo se desea evidenciar, a la luz de la teoría crítica que rediseña la contemporaneidad, el influjo que tiene la dimensión normativa de la dignidad de la persona humana en las relaciones que tradicionalmente construyeron los pilares del Derecho Privado.

Si bien la incidencia valorativa que tienen los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre personas con la aplicación de la noción de individuos es un proceso de construcción, continuada y permanente.

A pesar de que la noción de derechos fundamentales tenga su origen en la garantía de las libertades del individuo frente al Estado, con una eficacia usualmente denominada “vertical”, el proceso histórico acabó prolongando el espectro y el campo de eficacia de esos derechos. El estudio de las diferentes generaciones de derechos fundamentales, es algo corriente, así como el de su eficacia ante otros individuos, aunque a nivel de igualdad, y no solamente en relación con el Estado.

Hay que anotar que el origen histórico de los derechos fundamentales se puede identificar con el momento en el cual se consolida un orden de ideas; lo que enfatiza la autonomía de los individuos frente al Estado, con vistas a un rompimiento con la racionalidad que marcaba el Estado absolutista. Se justificaba la existencia de derechos subjetivos que se opusieran contra el poder estatal, que se colocaba por encima de los individuos, pero que debería someterse a límites.

Los derechos fundamentales, en ese primer momento, se ejercerían contra un ente que se situaba en posición de superioridad respecto a los titulares de los derechos, que estaban subordinados a él, pero al mismo tiempo gozaban de la garantía de un espacio de libertad intangible para el Estado.

Por otro lado, entre los individuos titulares de esos derechos la relación no sería, supuestamente, de subordinación jurídica, sino de igualdad?: se trataba en realidad de una igualdad que se agotaba en una dimensión formal, proclamación discursiva que constituyó un avance innegable con relación a la división estamental vigente durante la Edad Media e, incluso, al inicio de la Modernidad, pero que no estaba apta para, de por sí sola, producir igualdad fáctica.

Enmarcado bajo tales limitaciones, el ambiente histórico en el que esas nociones se desarrollaron se completó con la separación entre

dos espacialidades claramente definidas: lo público y lo privado.

En tal contexto, los derechos fundamentales de primera generación se proyectaban como libertades públicas, en el sentido de que se ejercían frente al Estado. Constituían, sobre todo, libertades negativas, que implicaban deberes de omisión por parte del Estado. En otras palabras, las libertades negativas son, bajo este aspecto, espacios de no intervención. Y es a partir del análisis de esas libertades que se revela la construcción del clivaje público y privado, una vez que precisamente es en el discurso de los derechos subjetivos que se establecerán los límites de la actuación del Estado.

Se puede identificar, pues, una externalidad de esos derechos —que se proyecta hacia el Estado, contra el que se dirigen— y una internalidad, que se constituye como la condición de posibilidad para la consolidación de una espacialidad privada.

Externamente, esos derechos se veían como límites, sembrados de no intervención, espacios de libertad que se proyectaban verticalmente. Integran el sembrado de lo público —o sea, del Estado de entonces— lo que se coloca en la externalidad de esos límites.

Dichos límites poseen, no obstante, una internalidad, que constituye el espacio intangible de la actuación del individuo: la espacialidad privada. Asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales era, por un lado, en esa primera fase de desarrollo de esos derechos, garantizarles el espacio privado como el lugar jurídico del ejercicio de la plena libertad individual, sin la intervención Estatal. Ese distanciamiento entre público y privado fue el elemento constitutivo de la usualmente designada primera generación de los derechos fundamentales. El libre establecimiento de las relaciones jurídicas interprivadas era reputado suficiente para la concretización de los derechos fundamentales, tal y como por entonces se concebía.

Se puede decir que la existencia de un ordenamiento con rasgos de derecho privado presuponía el respeto, por parte del Estado, a las libertades negativas del individuo.

Fue, pues, en la internalidad de esos límites que se construyó el Derecho Privado —y, más específicamente, el Derecho Civil. Esa racionalidad se expresa en las codificaciones del siglo XIX y demuestra una evidente intención de constituir un instrumento garante de la libertad individual, el espacio de la no intervención estatal. Se trata de una libertad que se ejerce en el interior de las relaciones de Derecho, entre los sujetos de los derechos reputados iguales ante la ley— sin conferirle la debida relevancia a las desigualdades concretas.

En ese contexto, se desarrolla un orden de ideas que coloca a las Constituciones —en las que los derechos del hombre se positivaban como derechos fundamentales— como centro del Derecho Público y, como núcleo central del Derecho Privado, las codificaciones civiles. El Código Civil se eleva al carácter de “Constitución del hombre privado”. Ahí está el núcleo normativo del tradicional concepto recogido del Código para la doctrina y la jurisprudencia.

De este modo, los deberes de respeto a los derechos fundamentales se situaban en la perspectiva del Estado; y se destinaban las Constituciones, precisamente, a la disciplina de las relaciones entre el Estado y los individuos. En los Códigos Civiles, a su turno, se regulaban las relaciones entre los individuos. En esa internalidad, para que los derechos fundamentales se concretizasen, bastaría, conforme la racionalidad predominantemente en ese contexto histórico, que se asegurase a todos la máxima libertad que se debe entender formalmente como la no injerencia por parte del Estado en ese sembrado que no le competía.

El espacio privilegiado del ejercicio de esas libertades es la propiedad privada, situándose, a su lado, a idéntico nivel, el contrato y la familia. Como se demostrará más adelante, el clivaje entre público y privado —y el propio fundamento de la constitución de los derechos fundamentales negativos de primera generación— tiene su génesis en la concepción que vincula libertad y propiedad, proyectada sobre el Derecho en una dimensión de igualdad formal.

Sin embargo, el desarrollo de la noción de derechos fundamentales supuso, además de una simple evolución lineal, un verdadero rompimiento con las ideas que dieron origen a tales construcciones. Las libertades relacionadas, en última instancia, con una noción de propiedad, desarrollada, sobre todo, por Locke, que velaba y atendía en todo a las aspiraciones de una burguesía ascendente revelan la racionalidad que permeaba en aquel momento histórico.

No obstante, el fundamento de los derechos se altera, el clivaje entre público y privado carece de sentido, el mito de la igualdad formal se rebela. Esa crisis, que supuso una profunda mudanza en los elementos nucleares de una noción de Derecho establecida, produjo efectos que afectaron también al Derecho Civil como, por ejemplo, el fenómeno de su constitucionalización. Una cuestión, que comienza a emerger a partir de esa constatación, trata de la dimensión estructural de los diplomas legales reguladores del Derecho Civil. La estructura de la codificación, heredada de un momento histórico en el que público y privado presentaban fronteras que se pretendía que fueran absolutas, y sobre las cuales los derechos fundamentales eran imponibles en su externalidad, en el espacio público, y que habían demostrado su ineficacia para generar deberes en las relaciones interprivadas, ya no da cuenta de la realidad contemporánea. Lo que emerge sin duda es que la estructura de las codificaciones, basada en una perspectiva patrimonialista y, como más adelante se verá, abstraccionista, no es apta para asegurar una eficacia horizontal de los derechos fundamentales; lo que puede constituir un obstáculo para su efectividad.

La problematización de esos temas adquiere una especial relevancia en este momento histórico en el que, al mismo tiempo que hay una preocupación con la efectividad de los derechos fundamentales, sale a la luz un nuevo Código Civil estructurado de la misma forma que los Códigos del siglo XIX, tomando como elemento de esa pretendida unidad la noción de relación jurídica, cuya conformación se regula en una Parte General, tal y como preconiza la Escuela Pandectista alemana.

Se deduce, así pues, que la racionalidad de la nueva codificación implica, en términos estructurales para la metodología de la ciencia jurídica, dar un salto del siglo XXI para el siglo XIX, a pesar de las puntuales actualizaciones llevadas a efecto.

## B) LOCKE Y LA LEGITIMACIÓN DEL PATRIMONIALISMO

Se puede identificar, entre los más relevantes orígenes teóricos de la escisión entre público y privado, el pensamiento de John Locke. Más que eso, Locke identifica como elemento central de la espacialidad privada la noción de propiedad, siendo uno de los pensamientos fundantes del patrimonialismo característico del Derecho de matriz liberal.

Aunque se defina la propiedad como un concepto que engloba la vida, la libertad y los bienes, Locke se centra en la propiedad de bienes de modo a darle mayor relevancia. La propiedad sobre los bienes pasa a ser reputada como una extensión de la personalidad del sujeto: aquello que el hombre construye o retira de la naturaleza por medio de su trabajo —y que también es de su propiedad, dado que el sujeto es propietario de su cuerpo— pasa a integrar su propiedad.

Del mismo modo, si un sujeto es libre, puede vender su trabajo, cuyo producto se lo puede apropiar quien lo adquiere. De ese modo, todos se reputan igualmente propietarios: el que no es propietario de bienes lo es de su fuerza de trabajo.

La adquisición del producto de la fuerza de trabajo ajena se propicia a través del uso de la moneda, lo que asegura la acumulación de capital: si, para Locke, es legítima la apropiación que no genera desperdicio, con el uso del instrumento de cambio de bienes en moneda, el desperdicio deja de existir, puesto que el metal no perecería.

Ese espacio de la acumulación privada que ocurre, aparentemente, entre iguales, pasa a considerarse lugar privilegiado del ejercicio de la libertad individual; es el derecho natural por

excelencia, lo que antecede al propio Estado. Constituye la actuación de ese Estado, cuya finalidad primordial es asegurarla. La propiedad es, en esa fase liberal iusnaturalista, el derecho fundamental por excelencia, la que crea el límite entre las espacialidades pública y privada.

El Derecho Privado acaba por fulcrarse en la libertad que ejercen los sujetos sobre sus propiedades. La tutela del derecho se refiere, por lo tanto, a aquellos que son propietarios; a quien no se pone esa “máscara”<sup>23</sup> no se le considera sujeto de los derechos. Pese a que, en la realidad fáctica, el derecho restrinja sus garantías —y, más específicamente, el Derecho Privado, su disciplina jurídica— a los propietarios de bienes, la legitimación del *statu quo* se les ofrece dentro del discurso de la igualdad, que se coloca apenas en el ámbito formal. El patrimonialismo del espacio privado acabó reflejándose en las codificaciones del siglo XIX y principios del siglo XX.

La abstracción de la figura del sujeto de derecho está directamente conectada además al patrimonialismo: el centro del ordenamiento de Derecho Privado es el sujeto propietario; y el sujeto propietario sería la “máscara” que formalmente está al alcance de todos, que son iguales ante la ley. Sin embargo, ese mito, no tardaría en ser desvelado y, por ese motivo, las codificaciones necesitarán de otros instrumentos de legitimación. La consolidación de ese nuevo instrumento —el modelo de relación jurídica— se lleva a efecto por la Escuela Pandectista alemana en la segunda mitad del siglo XIX, y se positiva en el BGB de 1900.

Asimismo, en gran medida se acabó proyectando en el Código Civil de 1916, y el Código Civil de 2002 tampoco lo pasó por alto.

## C) RELACIÓN JURÍDICA, ABSTRACCIÓN Y “NEUTRALIDAD” EXCLUYENTE

El ejercicio de los derechos subjetivos, conforme al concepto que fue forjado por el positivismo jurídico, se produce por medio de una relación en la que el titular de dicho derecho

le exige al otro sujeto el cumplimiento de un deber de acción o de abstención.

Esas relaciones que son aptas para operacionalizar el ejercicio de derechos subjetivos, sin embargo casi no se reconocen en el Derecho como relevantes. Existe, por tanto, una división entre las relaciones sociales protegidas bajo el manto jurídico y las que han sido excluidas de ese ámbito de regulación.

Y es esa racionalidad la que informa a la teoría de la relación jurídica desarrollada por la Escuela Pandectista alemana, en el siglo XIX, y que influyó a su vez en las codificaciones civiles.

El Derecho, al positivizar los modelos de las relaciones que juzga relevantes o dignas de regulación y protección, considera que sólo podría existir derecho subjetivo —y, por lo tanto, derechos fundamentales— en el ámbito de tales relaciones. El Estado-legislador, por medio de tal procedimiento, impone marcos jurídicos con los que pretende no sólo abarcar las potenciales relaciones trabadas en el mundo de los hechos, sino también conducir el comportamiento social para rellenar dichos marcos, asumiéndose en ese caso ideas de completud y totalidad.

Los modelos de relaciones jurídicamente relevantes no podrían, no obstante, atenerse a las vicisitudes de las relaciones fácticas. El mundo relevante para el Derecho queda reducido, en ese sentido, a categorías generales y abstractas.

La Escuela Pandectista se propuso, por lo tanto, crear una pretensa “realidad jurídica” basada en moldes: el Derecho aprehende situaciones fácticas del pasado, las positiva en el presente por medio de moldes con el objeto de dar un máximo de generalidad y de abstracción, con vistas a ofrecerle respuestas previas al futuro.

El Código Civil se ve como un sistema de soluciones *prêt-à-porter*. Pero más que eso, el Derecho queda reducido a esas soluciones previas, se reduce a los moldes, “autónomos” (por decirlo así) con relación a la vida concreta. El concepto antecede y condiciona el hecho social e individual.

De hecho, es el modelo de relación jurídica lo que constituye, según esa concepción, el elemento unificador del sistema de Derecho Civil, que se refleja en la estructura del Código Civil a través de la presencia de una Parte General, que antecede a la disciplina específica del itinerario del patrimonio del sujeto propietario, y que se esboza a través de una “biografía del sujeto de derecho”, en el libro dedicado a la parte especial. Esa estructura de profunda abstracción que marca el BGB, influyó el Código Civil brasileiro de 1916. La misma estructura y racionalidad se mantienen en el Código Civil de 2002 y ha condicionado, además, la formación meramente dogmática en los cursos jurídicos y la manualística de la reproducción.

La Parte General de las codificaciones civiles ubica al sujeto de derecho como mero elemento de la relación jurídica, al lado del objeto, del vínculo de atributividad y del hecho propulsor, llegando a su culmen la abstracción.

El sujeto, pues, adquiere sólo relevancia como elemento de la relación jurídica. Se trata de un instrumento ideológico hábil que sirve para la manutención de una dimensión patrimonialista: si el sujeto, aunque abstracto, es el elemento unificador del sistema, tarde o temprano su abstracción implicaría una crisis de legitimación de un derecho que, si bien discursivamente centrado en el sujeto, se aleja de la realidad concreta, sin ser capaz de percibir las desigualdades concretas y la exclusión de los que no se insertan en el modelo jurídico de propietarios. Los fundamentos éticos que trataban de legitimar el modelo de Derecho destinado al sujeto propietario —cuyo origen se remonta a Kant y Locke— demuestran fragilidad cuando ese Derecho que se ha centrado en ellos no atiende las demandas concretas.

Tal y como señala Orlando de Carvalho:

(...) el sistema de las Pandectas contrapone un estilo teórico, retraído, “neutral”, un estilo manualístico y desprovisto de entusiasmo, como si el Derecho no fuese de los hombres y para los hombres. El personaje humano ya no está en el centro del Derecho, incluso en términos abstractos del iusnaturalismo racionalista.

lista; en donde aparecen formulados conceptos cada vez más tenues o fluidos, o, como decía IHERING antes de su conversión, los “cuerpos jurídicos” más “sublimados” o más “sencillos”. En el campo del derecho civil uno de los cuerpos más sencillos ha sido el concepto jurídico<sup>4</sup> de relación.

No obstante, con el desplazamiento formal del lugar unificador del sistema del sujeto para el modelo de relación jurídica, la crisis de legitimación “se resuelve” parcialmente: el fundamento ético “meta-jurídico” pierde relevancia, asumiéndose el derecho como sistema que, una vez que se ha positivado, encuentra fundamento en sí mismo. La posible demanda por efectividad de derechos —incluso del acceso a ellos— por los sujetos concretos pierde su sentido de posible legitimación formal, en virtud de que el nuevo fundamento pasa a ser ahora la neutralidad de los modelos. Esa neutralidad esconde la ideología que funda los modelos: un intenso patrimonialismo, que precisa de un orden que le asegure una auto-reproducción. De esta forma nace el sistema que niega la incidencia de los derechos fundamentales.

Se legitima la exclusión operada por el sistema por medio de la abstracción: el sujeto de derecho es el que se encuadra en el modelo de relación jurídica. Cabe resaltar que eso, de cierta forma, ya había quedado patente, previamente al desarrollo de la teoría de la relación jurídica, una vez que el Derecho Civil ya se había destinado al modelo del individuo propietario. No obstante, la legitimación de tal circunstancia era el orden de ideas que establecía la igualdad formal fundada por Kant y la condición supuestamente “universal” de propietario, fundada por Locke.

Al desvelarse el mito de la igualdad formal entre sujetos supuestamente propietarios (entre los que se incluyen los que son propietarios de su fuerza de trabajo) fue necesario por ello, transferir también la legitimación del sistema de derecho privado. La Pandectística busca dicha transferencia en el interior de su sistema, en la idea de la relación jurídica.

Se trata de una fórmula que no disminuya los derechos de los que ya se habían inserido

materialmente en la condición de propietarios, pero busca distanciarse de la crisis que podría emerger por el hecho del discurso jurídico buscar su legitimación en elementos ajenos a él.

Uno de los muchos problemas que emerge de ahí es el siguiente: sólo habría derechos subjetivos donde hubiese un modelo jurídico. Es decir: quien no se insiriera en determinado modelo de relación jurídica no tendría derechos subjetivos.

Los derechos, en esa racionalidad, no surgen a causa de la existencia concreta de la persona humana dotada de dignidad —y sujeta a necesidades— sino, de su inserción en un modelo de relación jurídica. Desde esa perspectiva, ¿cómo se plantea la cuestión acerca de los derechos fundamentales que, constitucionalmente, derivan del principio de la dignidad de la persona? Se trata, sin duda alguna, de racionalidades diversas. La estructura de la codificación produce y mantiene un estatuto de la exclusión, que puede dificultar la efectuaración de los derechos fundamentales, tal y como contemporáneamente se conciben, en lo que se refiere a las relaciones interprivadas.

La abstracción a la que el Derecho Civil se vio conducido por la Escuela Pandectista, estructurada sobre la Parte General de los Códigos Civiles, se acentuó durante el siglo XX, con la pretensión de la depuración metodológica del Derecho por Kelsen y con la evolución de una racionalidad sistémica en el Estado, en el mercado y, por consecuencia, en el Derecho.

#### **D) LA AUTORREPRODUCCIÓN DEL SISTEMA Y LA NEGACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “EL HOMBRE SISTÉMICO”**

La racionalidad sistémica se instaura desde una perspectiva de legitimación formal, a través de una repetición automática de las acciones sociales que se generan en el ámbito de las instituciones. La concepción sustentada por autores como Niklas Luhmann reputa los sistemas como formas de estabilización

de expectativas, que, en la complejidad de la vida concreta, podrían, por la ausencia de una racionalidad sistémica, verse continuamente frustradas. La institucionalización, en ese caso, consiste en la elección de las expectativas normativas que se integrarán al sistema, excluyéndose las demás.

Hay, pues, una selección de supuestas demandas, por medio de presunciones: una vez seleccionadas, le cabe al Derecho asegurar la no frustración de dichas expectativas. Conforme a lo que escribe el citado autor, “se presume que todos presumen que todos concuerdan”. Lo que no está institucionalizado, no se integra al sistema y, por tanto, el sistema lo excluirá. En este orden de ideas existe una semejanza evidente con la concepción de relación jurídica propuesta por la Parte General de las codificaciones.

Luhmann admite la posibilidad de resistencia a las instituciones, con vistas a su modificación. Asimismo apunta, no obstante, la dificultad de vencer la estabilidad de las instituciones, dejando claro que la probable consecuencia para quienes lo intentan es la exclusión del sistema.

Las estructuras sistémicas tienen, inequívoco contenido ideológico subyacente, que es, sin embargo, enmascarado por la pretendida neutralidad de las instituciones.

En una sociedad compleja y masificada, no obstante, el rompimiento con las racionalidades sistémicas se vuelve cada vez más difícil, en virtud de lo que Pietro Barcellona denomina de fragmentación del sujeto en diversos papeles, lo que constituirá un “sujeto frágil”.

El “sujeto frágil” es aquel que, en la economía capitalista contemporánea —que además también puede ser una estructura sistémica reputada—, se aliena en el consumo, y sólo adquiere relevancia cuando se pone una de las diversas “máscaras” que la contemporaneidad le impone. El sujeto frágil, en definitiva, no posee relevancia por su “ser”, sino conforme el papel que éste ocupa en un momento dado en el interior del sistema. Los modelos, de la contemporaneidad, se multiplican; con lo cual se

opera una escisión del sujeto. Se trata del ápice de la abstracción: la persona no es nada más que un sujeto masificado, que sólo adquiere relevancia si se encuentra inserido en uno de los diversos modelos, de relevancia puntual, en una dada situación jurídica. Él consume y, de algún modo, se consume, alienando, por ejemplo, su intimidad públicamente en espectáculos televisivos.

Ese sujeto fragmentado en diversos papeles no se exterioriza como sujeto de necesidades, o como una “persona de carne y hueso”. La idea de relación jurídica es el elemento que contribuye para esa masificación: para el Derecho sólo tendrá relevancia el que se encuadre en sus múltiples modelos. El mismo sujeto adquirirá relevancia conforme a la posición jurídica que asuma en los modelos de relación jurídica; en caso de que no se encuadre en ninguno, no tendrá relevancia jurídica.

El sujeto fragmentado, mero elemento de la relación jurídica, cuya relevancia queda reducida al papel que ocupa, pierde, así pues, la capacidad de ser agente de cambio social: se limita a ocuparse de sí mismo —sobre todo en el espacio del consumo—, sigue siendo libre; pero en un espacio extremadamente restringido, en perjuicio, incluso para su ciudadanía.

Ese concepto de sujeto frágil de Barcellona se aproxima al hombre sistémico de Luhmann, el cual se limita a contribuir para el adecuado funcionamiento del sistema, tomado como autopoietico. Lo que importa es la reproducción de las estructuras sistémicas, y no los sujetos concretos que se someten a esas estructuras. En el ámbito de la reproducción sistémica, no hay espacio para la efectivación de los derechos fundamentales, que se limitan a ser elementos de legitimación discursiva.

En la espacialidad pública —que, hoy, ya no posee más límites estancados respecto al espacio privado—, la racionalidad sistémica<sup>5</sup> genera dificultades para la concretización de la democracia, puesto que, conforme se sustenta, “ha de estar asociada a las prácticas de los actores sociales y a la lucha contra el predominio de formas sistémicas de acción en el interior de los dominios societarios”<sup>6</sup>.

Sin embargo el Derecho Civil que se ha construido sobre la estructura de una Parte General, con base en el modelo de relación jurídica, se muestra propicio para el mantenimiento de un orden sistémico autopoiético. No se puede decir lo mismo en lo referente a la efectivación de los derechos fundamentales, que puede acarrear la necesidad de insertar racionalidades no sistémicas en el interior del Derecho. El orden sistémico no ha hecho otra cosa sino reproducir la racionalidad patrimonialista sobre la que se erigió.

A partir del momento en que el centro del ordenamiento pasa a ser la persona humana dotada de dignidad, y no el patrimonio, y que la protección queda asegurada por medio de un sistema formado por conceptos y modelos abstractos, dicha racionalidad no sistémica se torna posible: es posible una apertura a la concreción de la vida.

El contraste entre la racionalidad de la codificación, basada en la abstracción, y los derechos fundamentales, que pueden permitir una apertura para valores no sistémicos, se refleja en la aplicación del derecho sobre las situaciones concretas. Mientras que el Derecho aún se vea como un sistema cerrado, manteniéndose la separación entre lo público y lo privado, es decir, el Código Civil y la Constitución, es evidente que hay prevalencia de la racionalidad sistémica en perjuicio de la dignidad de la persona y de los derechos fundamentales.

### E) LA POSIBILIDAD DE RUPTURA DE LA ABSTRACCIÓN INSTITUIDA POR LA CODIFICACIÓN

El reconocimiento de la posibilidad de que los derechos fundamentales operen con eficacia en las relaciones interprivadas es, tal vez, el núcleo de la denominada constitucionalización del Derecho Civil. La Constitución deja de ser reputada simplemente como Carta Política, para asumir el cariz de elemento integrador de todo el ordenamiento jurídico incluso del Derecho Privado. Los derechos fundamentales no son apenas libertades negativas que se ejercen contra el Estado, sino normas que han de

ser observadas por todos los que se someten al ordenamiento jurídico. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones interpretadas se torna innegable, frente a la disolución de fronteras entre público y privado.

Pierde su sentido la aludida noción que equipara la externalidad de los límites negativos —en donde se coloca al Estado— y la internalidad: el intangible espacio del Derecho Privado, fundado en la propiedad, en donde todos son formalmente iguales: la eficacia de los derechos fundamentales se extiende tanto “verticalmente” como “horizontalmente”, englobando, así pues, tanto a las relaciones entre individuo y Estado como a las relaciones entre individuos<sup>7</sup>.

Los derechos fundamentales adquieren, también, un cariz prestacional, como ocurre, por ejemplo, con los derechos sociales, usualmente tratados como de segunda generación. El principio de la garantía de la dignidad de la persona humana, fundamento de todos los demás, también posee doble dimensión, negativa y prestacional: negativa en el sentido de que el Estado y los particulares tienen el deber de eximir de ofensas a la dignidad, en un orden de ideas protectorio; y prestacional, en la medida en que existe el deber de promoción de la dignidad de la persona<sup>8</sup>. Ambas dimensiones se dirigen tanto a las relaciones que existen entre el Estado y los ciudadanos como a las relaciones interprivadas.

La tutela y la promoción de la dignidad de la persona humana son los fundamentos de todo el orden jurídico —no sólo del Derecho Público— así pues, son deberes atribuidos a todos, y no apenas al Estado. La noción de libertad vinculada a la de propiedad, por ejemplo, que, contemporáneamente, se ha manifestado como libertad de iniciativa, se funcionaliza específicamente en la dignidad de la persona, conforme se deduce del artículo 170 de la Constitución Federal. Se opera una inversión del fundamento en el Derecho Civil, que se desplaza del “tener” hacia el “ser”<sup>9</sup>.

Los tres pilares que son la base del Derecho Privado —propiedad, familia y contrato—

cuya nueva relectura altera sus configuraciones, redireccionándolas desde una perspectiva fulcrada en el patrimonio y en la abstracción a otra racionalidad, que se basa en el valor de la dignidad de la persona<sup>10</sup>.

La crítica a la constitucionalización del Derecho Civil con base en el criterio de un supuesto perjuicio a la precisión conceptual y a la autonomía de las disciplinas es una fetichización de la racionalidad sistémica cerrada, que encara al Derecho como una realidad ontológica y un fin en sí mismo, y no como un instrumento al servicio de las demandas impuestas para la concretización de la dignidad de la persona.

De hecho, modelos y conceptos no son el verdadero objeto del Derecho, sino, apenas, su instrumento<sup>11</sup>. La crítica fundada en la autonomía conceptual, sin embargo, puede interpretarse como un síntoma que confirma la pertinencia de la problemática a la que alude el presente estudio: la estructura conceptualista de la Parte General del Código Civil puede, desde una interpretación que comprenda el “sistema” de Derecho Privado como dotado de autonomía principiológica y conceptual, revelar una supuesta incompatibilidad entre la estructura patrimonialista y la abstraccionista del Código Civil y la racionalidad protectora de la persona que emerge de la Constitución.

Esa lectura se refleja en la solución de casos concretos en el sistema Judicial: en vez de una problematización tópica que busque, en el orden principiológico constitucional, la mejor solución, a la luz de los derechos fundamentales, con frecuencia se busca la solución mecanicista, es decir, la subsunción del hecho a la solución preestablecida del modelo codificado de la relación jurídica. Tal proceder puede generar una ofensa a los derechos fundamentales como resultado de la ciega aplicación de la “solución” positivada por el modelo o, aun, por la ausencia de modelos, lo que excluye la posibilidad del reconocimiento de los derechos en donde se hacen necesarios. Éste es uno de los modos en que el Derecho puede generar víctimas, alejándose de una dirección emancipadora.

## F) LA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA “NEGATIVIDAD DE LAS VÍCTIMAS”: EL HUMANO QUE EMERGE DEL “CAOS”

Cabe, además, enfatizar la necesidad de interpretación de los propios derechos fundamentales de modo que no se corra el riesgo de transformarlos en modelos abstractos. La dignidad de la persona humana no puede verse como mera proclamación discursiva, explicada en una dimensión de abstracción. Si no son espacios de apertura no sistémica —aunque sistemática—, los derechos fundamentales se transformarán en elementos meramente formales, desnudos de contenido, además de instrumentos retóricos de legitimación y de reproducción de ese mismo orden sistémico.

La interpretación tópico-sistemática no analiza el sistema como un conjunto de respuestas instantáneas y acabadas para problemas que pueden surgir en el futuro —pretensión de las codificaciones civiles— sino que parte de los problemas concretos, para intentar localizar, dentro del sistema, la mejor de entre varias posibles soluciones. Para ello la selección se realiza a través de la jerarquización axiológica. Es por medio de la jerarquización axiológica, y en función de cada caso concreto, que los derechos fundamentales se concretizan como normas —pero no son modelos abstractos preordenados—.

Si la abstracción constitutiva del modelo de relación jurídica es el elemento unificador de la racionalidad del Código Civil, el único modo de que se opere una “corrección hermenéutica” de la codificación [lo que permitirá la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones interprivadas, con un repudio al estatuto de la exclusión con el que la fetichización de los modelos ha operado] es su interpretación no a la luz de esa misma racionalidad, sino de otra de orden principiológica constitucional.

Por otro lado, los principios constitucionales no se pueden interpretar como un conjunto de soluciones *prêt-à-porter*, sino como posibili-

dades de concretización normativa, por medio de un método que tenga como punto de partida la tónica.

El punto nodal que ofrece contenido a esa “corrección hermenéutica” parte, precisamente, de la perspectiva de lo que está más allá de los modelos. El reto a los estudiosos y operadores del Derecho Civil consiste en asegurar la promoción de la dignidad, con el Código de racionalidad conceptualista y predominantemente patrimonialista que tienen en sus manos, a aquéllos que, o no se incluyen en los modelos, o cuya satisfacción de las necesidades existenciales los pueda contrariar.

Un análisis de la relación entre derechos fundamentales y Derecho Civil no puede, pues, ignorar a las víctimas de los modelos, cuya dignidad les ha sido negada por ellos. El sujeto al que se le destinan los derechos fundamentales no es el del modelo abstracto que se pone como elemento de la relación jurídica: es la persona concreta, el sujeto de necesidades.

Resulta pertinente señalar aquí, una vez más, la crítica de Pietro Barcellona, que reconoce la necesidad de una revalorización del hombre concreto como ser creativo capaz de modificar la realidad, a partir de su sufrimiento. El sufrimiento, originado tras la negación de las necesidades por el orden sistémico, sería la fuerza para buscar el *novum*. Así pues, preconiza la supremacía de la persona concreta, que crea, sufre y ama, frente al patrimonio y la abstracción<sup>12</sup>. El sufrimiento humano originado por el orden vigente puede entenderse como un punto de ruptura del equilibrio sistémico. Sin duda es en esa brecha que se debe inserir una racionalidad de respeto a los Derechos Fundamentales, de la cual puede emerger un *novum*.

Un Derecho Civil que trate de ser adecuado con las aspiraciones sociales y con el respeto a los derechos fundamentales debe partir, precisamente, del otro lado de la orilla, del *topoi* que ha sido ignorado por los modelos codificados: lo que Enrique Dussel denomina de “negatividad de las víctimas”. Un discurso de la dignidad de la persona cuyo punto de partida no sea la negatividad, o sea, el espacio en

el que la dignidad se niega, no será nada más que un discurso de legitimación, sin contenido emancipador. Se trata de la inserción de una racionalidad ética en el ordenamiento jurídico y que, por cierto, extrapola los modelos positivados y el código binario sistémico de lo lícito-ilícito.

La nueva racionalidad, desde la perspectiva de los que proponen un sistema normativamente cerrado, produce un “caos” en su internalidad<sup>13</sup>. Y es precisamente ese supuesto “caos”, no obstante, el que permite la modificación de la racionalidad excluyente, que asegura la efectividad de los Derechos Fundamentales en las relaciones interprivadas.

Pero hay que subrayar, sin embargo, que el discurso de que la Constitución proporciona apertura para la inserción de racionalidades no sistémicas en el ordenamiento jurídico puede servir, apenas, como elemento formal de legitimación del orden jurídico, pero no lo es para llevar a cabo la efectivación de los derechos fundamentales.

No basta, por cierto, el simple desvío del enfoque de modelos codificados para modelos constitucionalizados. Lo que se debe hacer es examinar las posibilidades concretas que tiene el Derecho Civil para atender a una racionalidad emancipadora de la persona humana que no se agote en el texto positivado, sino que permita, a través de la porosidad de un sistema abierto, proteger al sujeto de las necesidades en sus relaciones concretas, con independencia de que existan o no modelos jurídicos. El modelo es el instrumento, y no un fin en sí mismo. Por eso, éste no debe agotar las posibilidades de lo jurídico, so pena de que el derecho se aleje cada vez más de las demandas impuestas por la realidad de los hechos.

## 4. CONCLUSIÓN

Si se parte de las titularidades absolutas, de definiciones insípidas, de dogmatismos inaceptables, de adjetivaciones perfunctorias, el Derecho Civil brasileño contemporáneo presenta hoy

más de lo que un debate sobre límites exógenos de la propiedad y del contrato, y sin teorización profundizada de los límites internos, endógenos, reclama eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En virtud de esa propagación que, además de la eficacia horizontal, ha vinculado a los particulares con los derechos fundamentales se ha abierto un espacio, dentro de la doctrina y en la jurisprudencia, para esa legítima actuación interprivada de modo directo e inmediato, y no apenas de forma indirecta o mediata.

Se ha superado el recelo de la “colonización del Derecho Privado” por los espacios públicos, fruto de la timidez del constitucionalismo tradicional. Se ha llegado, con efecto, a la aplicación de los derechos, libertades y garantías en las relaciones entre particulares también.

Sin la necesidad de una nueva metodología propia que tome el lugar de la dogmática antigua, esa incidencia eficaz (*rectius*: aplicación), directa e inmediata, hace del principio constitucional al mismo tiempo regla y norma con intensidad suficiente para iluminar los casos concretos y darle una ocasión a la jurisprudencia creadora y constructiva.

Además de la estructura de sus institutos fundantes, como la propiedad, la posesión, la familia, el contrato y la responsabilidad civil, pasando por el filtro del caso concreto, el ordenamiento jurídico de carácter civil-constitucional, en el Brasil contemporáneo, no se ciñe a seguir las directrices constitucionales como si todavía fuesen *meros consejos*, ni edifica una nueva *fattispecie* hermenéutica.

Lo que hace, eso sí, es construir una permanente interrogación que anhela, siempre, saber *para qué sirve y a quién sirve el Derecho*.

Si la respuesta es encontrar una sociedad justa, fundada en la igualdad material, en la superación de los dogmatismos conceptuales y de la rigidez de los códigos, y que tenga seriamente en cuenta la tutela efectiva de los derechos fundamentales, sin recitar el neolegalismo positivista revestido de las teorías que, en el presente, se prestan a encubrir viejos matices, estaremos de acuerdo.

Y en ese concierto, abierto y plural, que substancialmente ha sido atravesado por el irrestricto respeto a la diversidad, desprovisto de *verdades* coronadas de dogmas, que el tiempo de este espacio recoge en la lección, según la cual “es imprescindible prepararse para la reconstrucción del Derecho Civil”<sup>14</sup>.

Es imprescindible que el contenido de la actuación de los operadores jurídicos pueda satisfacer, efectivamente, las necesidades que emanan de la dignidad de la persona<sup>15</sup>. Y las relaciones plausibles de disciplina por el Derecho Civil constituyen el sembrado fértil para una praxis jurídica ética y emancipadora.

Los derechos fundamentales no son tutelados apenas en virtud de su positivación constitucional: si así fuese, el lugar de la codificación lo ocuparía otro Código, más amplio, consustanciado con la Constitución. El Derecho es el instrumento de una racionalidad que lo antecede: la que enfatiza la necesidad de servir para la producción y reproducción de la vida y para la dignidad<sup>16</sup>. A lo jurídico le antecede una dimensión ética, indisoluble a él, que le da fundamento.

Por último, no se puede dejar de reconocer que hay límites de factibilidad impuestos por unidades normativas sistematizadas que no se agotan en el campo del Derecho. No obstante, se hace necesario conocer esos límites, para que no se tenga la ilusión de que el Derecho es capaz, por sí solo, de resolver los problemas que emergen de la negación concreta de la dignidad de la persona humana, hay que tener en cuenta que, en el campo de actuación de lo jurídico, emerge un espacio para las acciones en el que, dialécticamente, se pueden alterar puntual y continuamente, esas mismas condiciones concretas de factibilidad. La capitulación a un modelo de derecho excluyente, meramente reproductivo de una racionalidad sistémica excluyente es, sin duda, la peor de todas las alternativas.

En tal circunstancia emergen dos privilegiados testigos: el legado que ha recogido del pretérito lo que aún no se fue por completo y el porvenir cuya definición todavía no se ha presentificado.

## NOTAS

1. VALPUESTA, Rosario. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TE-PEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anales del Congreso Internacional de Derecho Civil-Constitucional de la Ciudad de Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 153.
2. Como afirma Rosário VALPUESTA: “La diferencia entre los géneros es una formación social y no un resultado de la biología”. (Entrevista concedida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 oct. 2008. Disponible en: <<http://portal.rpc.com.br/gazetadopovo/vidaacidania/conteúdo.pht>> Acceso en: 14 oct. 2008).
3. Debe ser entendida aquí como “persona”, coherente con los primordios de la evolución histórica-conceptual de la personalidad en el Derecho Civil.
4. CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e seus limites*. Lisboa: Centelha, 1981, pág. 43.
5. Por racionalidad sistémica, ha de entenderse no apenas aquélla que se destina a la reproducción de un sistema jurídico fundado en un código binario lícito-ilícito, como preconizado por Luhmann, sino a las estructuras institucionales que aseguran la reproducción de un modelo de Estado y de mercado. (AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1996, pág. 148).
6. *Ibidem*, pág. 130.
7. La utilización de las expresiones eficacia “vertical” y “horizontal” de los derechos fundamentales, aunque se pueda referir, por regla general, respectivamente, a la eficacia de esos derechos en lo que respecta a la relación individuo-Estado e individuo-individuo, no implica una reducción de las expresiones a ese contenido, como si se tratara de conceptos estancados, con una identidad absoluta entre las aludidas relaciones y las modalidades de eficacia mencionadas. Puede haber, como advierte Ingo Sarlet, eficacia “vertical” de los derechos fundamentales incluso en las relaciones entre particulares, como ocurre en situaciones de evidente desigualdad, en las que el particular se enfrenta a los denominados “poderes privados”. (SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pág. 128).
8. *Idem*. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág. 46.
9. MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pág. 87-114.
10. En esa perspectiva, véase más ampliamente, FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
11. Agostinho Ramalho Marques Neto, discurre por esos derroteros y apunta como objeto de la ciencia del Derecho el fenómeno jurídico. Pero éste, según indica, no se ha tomado como hecho bruto, pura realidad óptica que simplemente es aprehendida, sino, como objeto de conocimiento que se construye en función del sistema teórico de la ciencia del Derecho. Por eso, de acuerdo con el autor “cualquier fenómeno social es, al principio, plausible de constituirse en objeto de estudio de la ciencia del derecho: para ello, basta que ella lo torne suyo, es decir, que lo aborde dentro de los enfoques teóricos, problemáticos y metodológicos que le son propios.” (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1996).
12. BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996, *passim*.
13. Es decir, la pretensión de la codificación, que sistematiza modelos a partir de una estructura de relación jurídica que atraviesa por completo el Código, avanza en dirección contraria a la perspectiva plural e interdisciplinar, que centra el ordenamiento jurídico en la Constitución. La codificación sólo adquiere sentido cuando exista la pretensión de constituir un sistema de Derecho Privado normativamente cerrado.

14. PERLINGIERI, Pietro. En la página 34 de la obra (*Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).
15. Como preconiza Dussel: “La ética de la liberación es una ética de la responsabilidad *a priori* hacia el otro, por eso significa también tener responsabilidad *a posteriori* de los efectos no intencionales de las estructuras de los sistemas que se manifiestan en la mera consciencia cotidiana del sentido común: las víctimas. Pero, como ya hemos venido diciendo, y como además esa ética de la responsabilidad de las consecuencias es una ética que tiene principios materiales y formales, por lo tanto no se limita a la buena voluntad, a la mera buena intención. La ética de la liberación es una ética de la responsabilidad radical, ya que se tiene que enfrentar a la consecuencia inevitable de todo orden injusto: las víctimas.” (DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002, pág. 571).
16. Sobre una “racionalidad reproductiva del sujeto”, que se coloque como subyacente a la elección de fines y capaz de operar una racionalidad instrumental, véase HINKELLAMERT, Franz. *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996.

## NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia*. Belo Horizonte: UFMG, 1996.
- BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica - seu sentido e seus limites*. Lisboa: Centelha, 1981.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação*: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoría crítica do direito civil*. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- HINKELLAMERT, Franz. *El mapa del emperador*. San José: DEI, 1996.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Lopes y Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1999.
- LUHMAN, Niklas. *Sociología do direito*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACPHERSON, C.B. *A teoria política do individualismo possessivo*: de Hobbes a Locke. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito*: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. pág. 87-114.
- NEVES, Marcelo. *Autopoiese e alopoiese*. Anuario de Maestría en Derecho de la Universidade Federal do Recife, 1992.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- RUBIO, David Sanchez. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée, 1999.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In *A Constituição concretizada*: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pág. 128.
- STRECK, Luiz Lênio. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. Separata, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n. 1, 2005.
- VALPUESTA, Rosário. Entre los principios y las personas: límites y posibilidades del derecho comunitario. In: TE-PEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anales del Congreso Internacional de Derecho Civil-Constitucional de la Ciudad de Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. pág. 153.
- Entrevista concedida. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 oct. 2008. Disponible en: <<http://portal.rpc.com.br/gazetado-povo/vidacidadania/conteúdo.pht>> Acceso en: 14 oct. 2008.

Fecha de recepción: 31 de enero de 2009

Fecha de aceptación: 5 de mayo de 2009